

¿ES POSIBLE INTERPRETAR UNA MISMA DISPOSICIÓN
PENAL EN DOS SENTIDOS DISTINTOS?
UNA RESPUESTA PARA RESOLVER EL PROBLEMA
DE LA PENALIDAD DE LA TENTATIVA

Por GUILLERMO LEDESMA

Recorriendo los fallos dictados por la sala II de la Cámara Federal de la Capital en la época en la que la integramos con Andrés D'Alessio, di con uno referido a la forma de determinar la penalidad de la tentativa en el Código Penal, tema que, si bien dista de ser novedoso, permite abordar una interesante cuestión —sugerida por mi hijo y colega Matías Ledesma— vinculada con los resultados de la interpretación de la ley penal, la que se relaciona con la influencia que sobre el asunto pueden tener los criterios hermenéuticos sentados por la Corte en la causa “Acosta” (Fallos 331:858) y con la respuesta que cabe dar al interrogante que se suscita acerca de si es posible interpretar una misma disposición de la ley penal de maneras distintas según las circunstancias del caso.

Es este último el interrogante y su respuesta —que será afirmativa— el *quid* de este trabajo.

El debate al que aludo se refiere a la interpretación que debe darse al primer párrafo del art. 44 del Código Penal en cuanto determina que la pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. Aunque sendos tribunales plenarios de la justicia nacional¹ fueron convocados para dirimir la aplicación de sólo dos de las interpretaciones posibles², a riesgo de cansar al lector —o de que éste prescinda de su lectura—, las enunciaré a todas ellas junto a las críticas que se les han formulado y a algunos comentarios propios.

¹ C. del Crimen de la Capital, “Luna, Gustavo G.”, 19/2/1993, LL 1993-B-43, cita Online AR/JUR/416/1993; C. Nac. de Casación Penal, “Villarino, Martín P. y otro”, LL 1995-E-120; cita *online*: AR/JUR/1656/1995.

² “Luna”: “¿Cómo debe interpretarse que la pena prevista para el delito consumado ‘se disminuirá de un tercio a la mitad’?”

“1. Que se disminuye en un tercio el máximo y a la mitad el mínimo, o 2) que se disminuye en la mitad el máximo y un tercio del mínimo”. Muy similar, “Villarino”.

*I. CONDENACIÓN HIPOTÉTICA Y REDUCCIÓN POSTERIOR
EN UN TERCIO DEL MÁXIMO Y LA MITAD DEL MÍNIMO*

El primer expositor de esta interpretación, Tomás Jofré, la formula así: “En la tentativa debe el juez considerar la pena que hubiera aplicado al delincuente si el delito se hubiese consumado. Supongamos que en un delito reprimido con ocho a veinticinco años el juez encuentra que la pena del delito consumado, en el caso concreto, debió ser de nueve años; aplicará a la tentativa, de cuatro y medio a seis años, es decir, la pena disminuida de un tercio a la mitad. Su arbitrio se mueve, en primer término, dentro del *máximum* y el *mínimum* de pena del delito consumado, y en segundo término al hacer las disminuciones autorizadas por la ley”³. Soler, que sigue este criterio, lo desarrolla indicando que “el juez debe determinar, en abstracto, dentro de la escala respectiva, la pena que, conforme a las circunstancias de los arts. 40 y 41, hubiese correspondido; una vez efectuada esa operación mental —no tiene por qué ser expresa en la sentencia— fijar la pena que corresponde a la tentativa, disminuyendo un tercio, como mínimo, o una mitad, como máximo”, graduación esta última para la cual corresponde tomar en cuenta “las características de la tentativa en sí misma: grado a que alcanzó, la mayor o menor posibilidad de perjuicio, etc., pues las circunstancias comunes de agravación o atenuación ya se toman en cuenta al apreciar la pena que ‘hubiere correspondido’ al hecho consumado en las condiciones en que se intentó”. De ahí que concluya, luego de formular un ejemplo con la pena del homicidio simple, que “la escala que corresponde a la tentativa tiene un límite superior infranqueable, equivalente al máximo de la pena menos un tercio, y un mínimo posible, igual a la mitad del mínimo legal”⁴.

Esta postura, que se basa en una interpretación gramatical del modo condicional que emplea la ley (“La pena que correspondería... si hubiere consumado el delito” en vez de “la pena correspondiente al delito”, como dice el art. 46, Código Penal, al referirse a la participación secundaria), complica injustificadamente las cosas, pues llega de todos modos a establecer una escala abstracta y obliga innecesariamente al juez a formular un juicio hipotético sin contar con

³ JOFRÉ, Tomás, *El Código Penal de 1922*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1922, p. 110.

⁴ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. II, Buenos Aires, TEA, 1967, § 51, I; sigue el criterio de establecer la condenación hipotética previa, pero se aparta en la forma de establecer la penalidad, Carlos Vázquez Iruzubieta: “El párrafo primero del artículo indica por su redacción que la disminución del monto punible no se opera sobre la escala sancionadora del delito determinado por el intento criminoso, sino que resulta de una operación indirecta, porque primeramente el juzgador debe adecuar la pena que correspondería al delito consumado, y sobre esa pena individualizarla mediante una segunda operación de reducción. Esta reducción que tiende a individualizar definitivamente la pena, se efectúa sin escala punible, moviéndose tan sólo dentro de límites posibles que están constituidos por un mínimo que no puede ser menor que el tercio del mínimo del delito consumado, y un máximo que no puede ser mayor que la mitad del máximo del delito consumado.” (VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Código penal comentado*, t. I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1969, ps. 245 y 246).

los elementos de juicio para hacerlo, pues el delito en realidad no se ha consumado⁵ siendo que, de igual modo, está sujeto a una escala penal dentro de la cual tiene la facultad de dictar la pena que considere apropiada⁶. A esa crítica se suma esta otra: la redacción del art. 55⁷ es demostrativa del sistema general del Código para establecer las penas aplicables al autor de uno o varios delitos: fijar una escala abstracta para graduar la pena en función de los arts. 40 y 41⁸.

II. REDUCCIÓN EN ABSTRACTO DE UN TERCIO DEL MÁXIMO Y LA MITAD DEL MÍNIMO

Este modo de ver las cosas, que en cuanto a la forma de reducción de la pena ya aparece en la anterior, es la más seguida por la doctrina y por la jurisprudencia, invocando argumentos teleológicos e históricos. Tradicionalmente se cita a Octavio González Roura como el primero en enunciarla para oponerla al procedimiento seguido por Jofré. A su juicio, el método que escoge responde “al sistema adoptado por el Código de tener establecida de antemano para cada delito una pena elástica con un máximo y un mínimo, facilitando así el conocimiento de la pena de la tentativa de cualquier delito fuera del juicio, con solo disminuir aquélla en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo”, con lo que se forma una pena también elástica, proporcionalmente menor y con su máximo y su mínimo, dentro de cuyos términos se gradúa la pena correspondiente a la tentativa en tela de juicio, consultando la personalidad del delincuente...”⁹. Este autor explica así la génesis de la norma: “...lo que ha ocurrido es que, en la obra de disminución de los mínimos que formaba parte del plan de reforma, se quiso disminuir en la mitad el mínimo que para la tentativa disminuía sólo

⁵ Esto hace decir a González Roura que el sistema tiene “una base doblemente falsa”, como es la de fijar la primera pena como si el delito se hubiese consumado, graduándola con arreglo a las circunstancias de la tentativa, no obstante la posibilidad que, de haberse consumado en realidad, tal vez otras lo habrían acompañado, como podría ocurrir con el ensañamiento en el homicidio, la violencia personal en el robo, etc. (GONZÁLEZ ROURA, Octavio, *Derecho penal*, Complemento, t. IV, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1922, p. 62).

⁶ DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal argentino*, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1972, ps. 70 y 71.

⁷ El primer párrafo de ese artículo dice: “Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos...”.

⁸ La formula DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal...*, cit., p. 755.

⁹ González Roura, al considerar errónea la interpretación que describimos en el apartado anterior, expresa que “es provocada por la forma gramatical empleada por el legislador, indudablemente impropia, pues ha debido decir que la tentativa se reprime con la pena del delito consumado disminuida en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo” (GONZÁLEZ ROURA, Octavio, *Derecho penal*, cit.).

en un tercio la Ley 4189, y se redactó el artículo en una forma deplorable¹⁰. Concluye González Roura: “Vanos fueron mis esfuerzos ante el senado y la cámara de diputados para corregir el defecto de redacción, y vanos han sido los mismos ante la última para obtener la inclusión de esa enmienda en la “Fe de erratas”¹¹.

Esta postura cuenta en su favor con un fallo de la Corte, tribunal que, sin dar razón de los motivos de su elección, se inclinó por ella al graduar en tres años de prisión la sanción penal por tentativa de violación que impuso a Héctor R. Veira (Fallos 315:256)¹².

A esta postura se le efectúa una crítica sustancial: al reducir el máximo en un tercio, se dan contradicciones sistemáticas incuestionables: la tentativa de delitos menos graves (v.gr., art. 79: 8 a 25 años de reclusión o prisión; art. 165: 10 a 25 años de reclusión o prisión) resultan punibles con una escala mayor (art. 79: 4 años a 16 años y 8 meses; art. 165: 5 años a 16 años y 8 meses) que la correspondiente a delitos reprimidos con prisión perpetua (art. 80: prisión de 10 a 15 años —conf. art. 44, párr. 3º—). Esa incongruencia legal no puede ser salvada, como lo intenta Fontán Balestra, recurriendo “al buen sentido” del juez para graduar la pena “puesto que nada le impide hacerlo por debajo del máximo correspondiente”, porque “el problema es aquí soluble, en tanto que, cuan-

¹⁰ Lo tomamos del voto de Bisordi en Villarino, quien tuvo como fuente otra obra de GONZÁLEZ ROURA, Octavio, *Derecho penal. Parte general*, 2ª. ed., t. II, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1925, ps. 170-174. Cabe señalar que en la primera edición de este trabajo no figura esa cita (GONZÁLEZ ROURA, Octavio, *Derecho penal*, cit., t. II, capítulo XVIII, “Formación y desarrollo del delito”, ps. 125 a 143).

¹¹ Cit. en nota 5.

¹² Hay un precedente de la Corte que aplicó el Código de 1886, reformado por la Ley 4189, que invoca Jofré en apoyo de su postura: “La Sup. Corte Nac. ha sentado la doctrina que nosotros defendemos, en el fallo del t. 65, p. 422” (JOFRÉ, Tomás, *El código penal...*, cit., p. 111). Sin embargo, ni de los términos del dictamen del procurador (“Si el delito consumado tendría pena de tres años, al menos, de trabajos forzados, según el art. 85 de la ley sobre crímenes contra la Nación, la tentativa, según el art. 12, inc. 2º, del Código Penal, puede reducirla en el caso desde la cuarta parte a la mitad”) ni de la mayoría de la Corte (“Que ese hecho... hace pasible al procesado de la pena establecida por el artículo ochenta y cinco... con la reducción correspondiente al delito no consumado, como lo pide el señor Procurador General. Que esa reducción debe ser desde la cuarta parte a la mitad de la pena que corresponda al delito consumado, con arreglo al artículo doce, inciso segundo del Código Penal, habiendo razón para aplicar el *mínimum* de la pena, dado el poco valor sobre que ha versado la tentativa de defraudación y las circunstancias favorables al procesado que registran los autos”) que condenó al imputado a un año y medio de trabajos forzados, se desprende que el tribunal haya efectuado una condena hipotética —como si el delito se hubiese consumado— y luego haya aplicado la reducción en la forma postulada por Jofré. Más bien parece surgir del fallo que lo que ha hecho es aplicar el criterio que consideramos en este apartado, es decir que redujo directamente la mitad del mínimo, como si la pena hubiera estado establecida en abstracto. Ello así, porque cuando pondera las modalidades del hecho y la personalidad del imputado lo hace con referencia directa a la tentativa, sin pasar por el delito hipotéticamente consumado: “habiendo razón para aplicar el *mínimum* de la pena, dado el poco valor sobre que ha versado la tentativa de defraudación y las circunstancias favorables al procesado que registran los autos”, lo que remite a la ponderación de las circunstancias para graduar la sanción de la tentativa y no de un delito consumado para luego aplicarle la reducción.

do el mínimo es mayor, el juez es impotente para reducirlo”¹³, pues la solución debe ser general, sin excepciones particulares¹⁴.

III. REDUCCIÓN DE UN TERCIO A UN MEDIO DEL MÁXIMO Y DEL MÍNIMO

Una lectura posible de la norma que me ocupa la insinúa De la Rúa. Luego de señalar que, aunque no se han invocado razones expresas sobre el fundamento de la posición que sostiene la disminución de un tercio del máximo y la mitad del mínimo, es indudable que éste es el de buscar el máximo mayor posible ($2/3$) y el mínimo menor posible ($1/2$), agrega: “Claro está que, aplicando ambos, resulta una escala dentro de una escala, pues el porcentaje se aplica en ambas formas ($1/2$ y $1/3$) al máximo y al mínimo (esto es, una escala de $1/2$ del mínimo a $2/3$ del máximo y, dentro de ella otra de $2/3$ del mínimo a $1/2$ del máximo)”.

A favor de esta posición cabría argumentar que —además de ampliar la facultad judicial para graduar la sanción en la tentativa, como era intención del legislador—, los proyectos de 1891 y 1906 disminuían la pena “en” un tercio, razón por la cual, al adoptar el proyecto de 1917 la fórmula que estableció el Código que nos rige y al afirmar su exposición de motivos que “se mantiene el régimen anterior”, cabría sostener que la disminución es “de un tercio a la mitad” (reformulación gramatical de “en un tercio a la mitad”) del máximo y del mínimo.

Para sustentar su posición en el sentido de que la reducción debe efectuarse de un tercio del máximo a la mitad del mínimo, el voto del Dr. Bisordi en “Villarino”, acude subsidiariamente a esta interpretación: “... no resulta dudoso, tanto desde el punto de vista del lenguaje empleado como desde el estrictamente lógico, que si la ley manda al juez que disminuya la pena (es decir, que haga menor su extensión, intensidad o número), sin otra directiva adicional, lo razonable, lo lógico, lo que se presenta fácilmente asequible a la mente, es que emprenda su tarea de mayor a menor y no a la inversa. Y a todo evento, esa labor debería concretarse aplicando la fórmula reductora tanto al mínimo como al máximo de la escala prevista para el delito consumado, lo que salvaría

¹³ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, § 46, p. 400.

¹⁴ Conf., DE LA RÚA, Jorge, *Código penal...*, cit., p. 601. Tampoco parece apropiado recurrir a criterios prácticos como el enunciado por el juez Tragant en “Villarino”, quien suma a la opinión de Fontán una pregunta y su respuesta: “¿Cuántas veces hemos visto, o tomado conocimiento de casos en los cuales se haya aplicado el mentado máximo a un homicidio tentado?, y la respuesta entiendo que será invariablemente negativa, con lo que el argumento aparece como más teórico que real”; o por Miguel Ángel Almeyra, quien echa mano a razones de seguridad jurídica para “mantener una tradición jurisprudencial” que se asienta “en una considerable *opinio juris* suficientemente difundida” (causa “Dominguez, Jorge O.”, del 1/10/1976, Fallos CCC, Segunda Serie, t. I, p. 421, cit. por Bisordi en “Villarino”).

también la objeción acerca de la vulneración del sistema adoptado por el Código para la fijación de aquélla entre un mínimo y un máximo. Ello, aunque tal aplicación conduzca, en la práctica, a la reducción del mínimo a la mitad y del máximo a dos tercios”¹⁵.

Estimo que esta forma de resolver la cuestión debe ser descartada desde el punto de vista sistemático a poco que se observe que el Código no contiene ninguna disposición con una penalidad que tenga una escala —es decir dos topes distintos—, una para el mínimo y otra para el máximo.

IV. REDUCCIÓN DE UN TERCIO DEL MÍNIMO Y LA MITAD DEL MÁXIMO

Esta manera de efectuar la disminución de la pena fue adoptada en el fallo de la sala 2ª de la Cámara Federal de la Capital al que me refiero al principio de este trabajo. Al fundar el primer voto, al que adhirió Andrés D’Alessio, puse de manifiesto: “Determinado que estamos en presencia de un delito tentado es menester pronunciarse sobre la forma de establecer la penalidad de la tentativa. Entre las posiciones existentes he de inclinarme por la que sostiene que la disminución de un tercio a la mitad a que se refiere el art. 44 del Código de fondo están referidas al *mínimum* y al *máximum* respectivamente. Ello así, porque dicha interpretación es la que mejor consulta el sistema de dicho cuerpo legal, que siempre menciona, al establecer la penalidad de los distintos delitos, en primer lugar el mínimo y en segundo lugar el máximo. Asimismo, esta forma de interpretar la ley evita la incongruencia que supone que tenga mayor pena el homicidio simple tentado que el conato de homicidio calificado...”¹⁶.

Al argumento del orden en que están expresadas las penas en la parte especial, agrega De la Rúa que es también el criterio que informa los párrafos

¹⁵ El mismo voto de Bisordi desarrolla esta postura reproduciendo parcialmente la opinión del juez Eduardo F. Millán en el plenario de la Cámara 3ª Penal de La Plata, 24/8/1982, “Ach, Luis”: “...la tesis que más se ajusta a la letra y al espíritu de la norma es la del doctor Octavio González Roura... Considero que nada tiene de caprichosa esa interpretación —como se la ha tildado— puesto que a ella se arriba fácilmente y sin esfuerzo alguno, efectuando la sencilla operación de disminuir al mínimo de la pena prevista para el delito la mitad y el tercio, e idéntico procedimiento respecto del máximo. Se obtendrán dos escalas para el mínimo y dos escalas para el máximo...”. Vale la pena agregar que González Roura no recurre a esos argumentos para llegar a la posición que asume.

¹⁶ C. Nac. Apel. en lo Crim. y Corr. Fed. de la Capital Federal, 1/3/1984, causa “Rodríguez, Eduardo G.”, Boletín de Jurisprudencia, año 1984 nro. 1, p. 146. En apoyo de la opinión se citó a NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1977, p. 274 y ZAFFARONI, Eugenio R., “Pena de la tentativa e interpretación restrictiva”, *Doctrina penal*, año 5, nro. 17, p. 163. Cabe agregar que Andrés D’Alessio mantuvo la misma posición en las dos ediciones del D’ALESSIO, Andrés (dir.), *Código Penal comentado y anotado*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 483 y 2009, t. I, p. 723. Cabe señalar que Valerga Aráoz se sumó a la integración del tribunal pocos días después.

2º a 4º¹⁷ del propio art. 44¹⁸. Tiene razón en cuanto a los párrafos 2º y 3º, mas no con relación al 4º, que comienza con la pena mayor (disminución a la mitad de la pena que corresponde a la tentativa) y luego se refiere a su reducción al “mínimo legal” y, finalmente, a “eximirse de ella”. Lo señala Tragant en su voto en “Villarino”.

La crítica que se le formula es que reduce la escala punitiva. El voto de la Dra. Argibay en el plenario “Luna” lo pone de manifiesto: “La adopción de la segunda propuesta del temario, a mi juicio, restringe la escala penal de los delitos tentados, de manera que limita las posibilidades del juzgador en la tarea de individualizar la pena. La propia ley se encarga de ceñir a límites precisos esta labor de los jueces, a veces con manifiesto desagrado de éstos (art. 38, dec.-Ley 6582/1958); y no creo que sea útil, a partir de un ejemplo aislado, coartar aún más los márgenes en el caso de la tentativa.”

V. LA ESCALA PENAL QUEDA REDUCIDA A UN TERCIO DEL MÍNIMO Y A LA MITAD DEL MÁXIMO

Luego de adherir a la postura anterior, cita De la Rúa esta variante de ella. Dice ese autor: “Gramaticalmente puede discutirse la interpretación dada en cuanto a la reducción del mínimo de la escala penal del delito consumado a sus dos tercios. El Código dispone que se ‘disminuirá (la pena) de un tercio a la mitad’. La expresión puede entenderse como si el precepto dijera: ‘la pena queda reducida a una escala de un tercio a la mitad de la que corresponde al delito consumado’; b. que el mínimo se reduce a dos tercios”.

En un artículo publicado en *La Ley*, José Ortega adscribe a esta posición¹⁹. Sostiene el nombrado que, de la letra de la ley, de su construcción gramatical, de su sentido lógico, de su deliberada disparidad con el precedente inmediato, y, sobre todo, de las explicaciones de Moreno, su propio autor, no puede llegarse a otra interpretación que escoger la pena aplicable al caso concreto, dentro de la amplitud oscilatoria que se abre a partir del tercio del mínimo establecido en la norma específica, y se cierra en la mitad del máximo previsto en ella²⁰. Atendiendo a los primeros parámetros citados, para este autor, “de un tercio a la mitad”, no es “la medida de la disminución (acción de disminuir), y por ende,

¹⁷ Esos párrafos dicen: “Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años”.

“Si la pena fuere de prisión perpetua, la de la tentativa será prisión de diez a quince años”.

“Si el delito fuere imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.

¹⁸ DE LA RÚA, Jorge, *Código penal...*, cit., p. 601.

¹⁹ Lo cita Bisordi en “Villarino”, pero el comentario que hacemos lo tomamos del trabajo original, ORTEGA, José, “Tentativa y cooperación. Régimen punitivo previsto en el Código Penal Argentino”, LL 1983-B, p. 1079-1090.

²⁰ ORTEGA, José, “Tentativa y cooperación...”, cit., p. 1088.

tampoco son sus topes; sino los nuevos límites, o fronteras, o topes de la escala penal resultante de la disminución operada en la escala madre, en la medida en que resulte necesaria para obtenerlos”, por lo que considera que “disminuir una escala penal que va de tres años de mínimo a diez años de máximo —de, desde o a partir de un tercio del mínimo, a, o hasta la mitad del máximo—, es descontar dos tercios del mínimo y la mitad del máximo, dejándola reducida a una fórmula punitiva que irá de un año a cinco años”²¹.

Señala luego, en lo que, siguiendo su opinión, podría considerarse el aspecto teleológico de la reforma, que Moreno, al tratar la penalidad de los cómplices —con razonamiento aplicable a la penalidad de la tentativa— anota, transcribiendo el dictamen de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, que “...La reducción hecha en esta forma (de un tercio a la mitad) permite al juez las amplitudes que se persiguen en los efectos de la individualización...”²², pues lo que se procuraba con la reforma era la determinación de “penas flexibles, con un *máximum* y un *mínimum* lejanos...”, apartándose del criterio de los proyectos de 1891 y 1906 que reducían la penalidad “en un tercio”²³.

Prosiguiendo con la opinión de Moreno transcribe lo que éste expresa al referirse al art. 47: “En general, puede decirse que el Código castiga a los cómplices y a los autores de tentativa con penas que se relacionan con la correspondiente a los autores. El magistrado entonces, ante el hecho de complicidad que se le presenta, observa qué pena procede para el autor y le aplica la que corresponde de conformidad a la escala de la ley que incrimina con una cantidad menor al tal cómplice en relación con el autor”. A ello añade que “el mismo criterio se aplica a la tentativa”²⁴.

Dice luego que esa enunciación la efectúa el autor del proyecto después de ilustrar su pensamiento con el siguiente ejemplo: “De manera que si un individuo prometió cooperar a la ejecución de un delito castigado con reclusión perpetua, su pena como cómplice sería la de reclusión desde quince hasta veinte años. Pero si el delito no se consuma, a pesar de haber cumplido por su parte con el compromiso ilícito contraído, se le aplicará la pena de la tentativa, teniendo en cuenta como principal, a los efectos de la graduación, la correspondiente al cómplice”.

“Así —prosigue—, siendo la pena de la tentativa, la que correspondería al agente disminuida de un tercio a la mitad, en el caso supuesto, correspondiendo

²¹ ORTEGA, José, “Tentativa y cooperación...”, cit., p. 1083.

²² MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, t. III, Buenos Aires, H. A. Tommasi, 1923, p. 39; cuando transcribo a Moreno lo hago directamente de esta obra, ampliando, así, las citas de Ortega.

²³ En el Código siguen existiendo ese tipo de reducciones; así: art. 105: “...la pena se aumentará o disminuirá en un tercio”; art. 232: “...a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito”; art. 233: “...con la cuarta parte de la pena correspondiente al delito que se trataba de perpetrar...”.

²⁴ MORENO, Rodolfo, *El Código Penal...*, cit., t. III, p. 51.

al cómplice desde quince hasta veinte años, éste sería castigado con una pena oscilante entre el tercio y la mitad de quince a veinte años”²⁵.

A continuación, dado que Moreno no indica el resultado numérico al que se llega mediante el símil utilizado, señala que el nombrado “habla de una pena ‘oscilante’ entre el tercio y la mitad de quince a veinte años, precisando que la amplitud de la oscilación tiene principio en el tercio de quince años, y finaliza en la mitad de veinte años”, de acuerdo con su propósito de disminuir las escalas legales mediante la relación cuantitativa que traduce la expresión “desde un tercio a la mitad”. De ahí que concluye que “no puede entenderse de ninguna otra manera, puesto que, si su criterio no hubiera sido ése, tendría que haber dicho ‘una pena oscilante entre los dos tercios y la mitad de quince a veinte años’, para corresponder, lógicamente por lo menos en cuanto a la cantidad de la disminución (del mínimo), con el precedente legal del que se apartó de propósito. Y en este caso, deducido un tercio del mínimo y la mitad del máximo, se hubiera quedado sin escala penal: $15-1/3 = 10$; $20-1/2 = 10$ ”²⁶.

Con relación a esta interpretación, que fue seguida por un plenario de la Cámara 3ª Penal de La Plata²⁷ y por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 7 de la Capital Federal,²⁸ comparto la réplica que a su propio planteamiento —que inicia este apartado— formula De la Rúa: “La última (el mínimo se reduce a dos tercios) es la posición correcta, por dos razones: a. el sentido gramatical de las expresiones ‘de’ y ‘a’, que están referidas, como ‘desde’ y ‘hasta’, a la ‘disminución’ no a la escala resultante. Es decir, se disminuye un tercio del mínimo hasta la mitad del máximo; no se disminuye a un tercio el mínimo...; b. los precedentes del Código, desde 1891, utilizaban la expresión ‘en’, pues sólo reducían en un tercio (...). Al modificarse en 1917 y admitirse una reducción de la mitad, se justifica el cambio de redacción gramatical, pues no se pudo decir ‘en un tercio a la mitad’...”²⁹. Cabe agregar que la opinión del autor del proyecto, con ser de interés, no puede ser determinante, sobre todo cuando ésta se aparta del precedente suplantándolo por una norma de muy difícil interpretación, pese al optimismo con el que encara el tema: “La aplicación del precepto no puede dar lugar a dificultades. Se trata de la tentativa de un delito que tiene fijada una determinada pena. El magistrado no tiene sino que considerar la que correspondería al agente en caso de consumación y disminuirla en la forma establecida por el artículo”³⁰.

A lo expuesto vale la pena poner de manifiesto las incongruencias sistemáticas resaltadas por Luis M. García en un voto en disidencia vertido inte-

²⁵ Autor y lugar cit. en nota ant., párr. 3º.

²⁶ Cit., p. 1088.

²⁷ Causa “Ach, Luis”, del 24/8/1982.

²⁸ *In re* “Poggi, Paulina A.”, del 1/10/1993, como la anterior, cit. por Bisordi en “Villarino”.

²⁹ DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal...*, cit., p. 602, ns. 190 y 191.

³⁰ MORENO, Rodolfo, *El Código Penal...*, cit., t. II, ps. 418 y 419, n. 293.

grando el Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 de la Capital Federal³¹. De acuerdo con esa opinión, la pena mínima correspondiente a la tentativa de homicidio simple que ha producido lesiones gravísimas a la víctima (2 años y 8 meses de reclusión o prisión) sería menor que el mínimo de la pena del delito de lesiones gravísimas sin dolo de homicidio (3 años de reclusión o prisión).

VI. PAUTAS DE INTERPRETACIÓN SENTADAS POR LA CORTE SUPREMA

En su actual integración, la Corte ha dictado diversos fallos en los que establece pautas para la correcta interpretación de la ley. En materia penal tiene particular relevancia el que dictó en la causa “Acosta” (Fallos 331:858), en la que se apartó de uno de los aspectos de la doctrina sentada en el plenario “Kosuta”³², al considerar que el art. 76 bis del Código Penal comprende no sólo los delitos cuyas penas de reclusión o prisión no exceden de tres años, sino también a los que, previendo un máximo de pena superior a los tres años de privación de libertad, admiten la condenación condicional.

En esa ocasión, al par que refirmó criterios tradicionales, fijó pautas hermenéuticas con especial referencia a la ley penal cuya incidencia, en temas como el que trato, es manifiesta.

He aquí algunas de las pautas establecidas³³.

a) Para la determinación de la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos 304:1820; 314:1849) en la medida en que el resultado de aquélla sea razonable, no se aparte del contexto en que la disposición está inserta, no sea contradictoria con otras disposiciones, no se aleje del fin que ha tenido en cuenta el legislador y otros parámetros concordantes a los que se refiere, explícita o implícitamente, el fallo.

b) De ahí que, de acuerdo con éste, a la letra de la ley no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos 313:1149; 327:769).

³¹ Causa “Giordano, Rubén O.”, del 10/6/1994, cit. por Bisordi en su voto en “Villarino”.

³² C. Nac. de Casación Penal, 7/8/1999, Plenario nro. 5, “Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación”, donde se resolvió: I°) La pena que debe examinarse para la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y siguientes del Código Penal es la de reclusión o prisión, cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años. II°) No procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa. III°) La oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por el órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio. IV°) El querellante tiene legitimidad autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos.

³³ Las puse de manifiesto al comentar el fallo “Acosta”: “El principio *pro homine* y otros criterios de interpretación de la ley”, LL 2008-E, del 4/9/2008, Doctrina.

c) Es por eso que el propósito de armonización de los preceptos de la ley no puede ser obviado por los jueces con motivo de posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos 310:940; 312:802) de sus términos.

d) La aplicación racional del texto legal a la que se refiere el párrafo precedente debe hacerse cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos 310:937; 312:1484).

e) Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al Derecho Penal como la última *ratio* del ordenamiento jurídico. Aquí el Alto Tribunal abandona los principios relativos a la interpretación de la ley en general para referirse, especialmente, a uno estrechamente vinculado al derecho penal. Es una consecuencia ínsita en el principio de legalidad que la ley penal sea previa, escrita y estricta, pues sólo de esa forma se asegura la vigencia de este principio constitucional. Este último carácter conduce a que la exégesis de la ley debe ser, en términos de la Corte, restrictiva dentro del límite semántico del texto legal. Es decir, circunscribiendo el alcance de sus palabras a sus límites más reducidos³⁴, dado que el Derecho Penal está caracterizado por ser la última *ratio* del ordenamiento jurídico.

f) Sin embargo, la cuestión no concluye allí. Junto al principio de política criminal citado, para dar prioridad a una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal ha de recurrirse al principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal³⁵. Esa pauta, según lo expresado en otro fallo, se impone

³⁴ Este criterio, que excluye la interpretación analógica, no está en pugna con el principio *pro homine*, pues como bien se ha dicho, éste funciona como un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos; e inversamente a la norma o a la interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria por lo que él coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas de regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, M. - COURTIS, C., *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997, p. 163, cit. por TERRAGNI, Martiniano, “Un largo camino que se inicia en Tierra del Fuego: A propósito de Maldonado”, *elDial Express*, Newsletter Jurídico Diario, 21/7/2008, www.eldial.com.ar/eldialexpress).

³⁵ Este principio sustancial, en el que la Corte ha fundamentado sus fallos en numerosos precedentes, no se circunscribe limitado al derecho penal, sino también al procesal penal y a otras ramas del ordenamiento jurídico. Es así que el alto tribunal ha dicho que corresponde revocar la sentencia que omitió —al amparo de un excesivo rigor formal— el control sobre la cuestión federal al evitar un pronunciamiento acerca de si, frente a una situación reglada expresamente por el ordenamiento procesal penal local —el cómputo del plazo para recurrir en casación— el juzgador optó por aquella interpretación que fuera más respetuosa del principio *pro homine*, en el marco del ‘deber de garantizar’ el derecho al recurso que asiste a toda per-

aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (Fallos 330:1989).

VII. APLICACIÓN DE LAS PAUTAS FIJADAS POR LA CORTE

A la luz de las pautas fijadas y de otras semejantes trataré de dar respuesta al tema de la penalidad de la tentativa, en la inteligencia que, sobre su base, podrá extraerse una conclusión general en materia de interpretación.

a) Se vio que la letra de la ley permitió hacer varias interpretaciones, todas ellas avaladas por diversos razonamientos, los que, más allá de su seriedad, demuestran que, en el caso que me ocupa aquella no resulta fuente segura de su exégesis, por lo que debe recurrirse a otros métodos de interpretación que surgen de otros fallos de la Corte.

b) De acuerdo con éstos, si el método gramatical ofrece dudas, debe ser completado por los métodos teleológico, histórico y sistemático —que no tienen una mera función corroborante de aquél—, para evitar que el intérprete se sujete rigurosamente a él cuando una interpretación razonable y sistemática, que atienda al contexto general y a los fines que informan las leyes, así lo aconseje (Fallos 331:1215 y 1262); ello así, teniendo en consideración que “el resultado de la interpretación debe ser racional y congruente con el sistema (Fallos 331:519 y 1262), buscando su equilibrio (Fallos 331:1243), atendiendo al resultado valioso o disvalioso que se obtenga a partir de su aplicación a los casos concretos, resguardando el sentido que el legislador ha querido asignarle³⁶ y el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos 331:519) todo ello con el propósito de lograr la armonización de los preceptos de la ley.

c) A estar a los antecedentes de la norma, el plan de la reforma tendía a disminuir, de acuerdo con González Roura, “en la mitad el mínimo que para la tentativa disminuía solo en un tercio la ley 4189”³⁷ con el fin de “tener estable-

sona inculpada de delito (art. 8.2.h. del Pacto de San José de Costa Rica y art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), (*in re* “Cardozo, Gustavo Fabián s/recurso de casación”, del 20/6/2006, Fallos 329:5762); en el mismo sentido, por remisión a la citada, Causa D. 393. XL “Díaz, Leopoldo Anselmo y Spano Colabella, Reinaldo s/robo calificado por el uso de armas —Causa nro. 147/651—”, del 19/12/2006, Fallos 329:5762) y también que el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales de la materia, sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana... (causa M. 1488. XXXVI, “Madorrán, Marta Cristina v. Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación”, del 3/5/2007, Fallos 330:1989).

³⁶ Ver 600.XL “Vaggi, Orestes Juan v. Tanque Argentino Mediano Sociedad del Estado TAMSE s/cobro de pesos”, del 13/5/2008, aludiendo a “resguardar el sentido que el legislador ha querido asignarle” a las normas.

³⁷ También lo hacían los proyectos de 1891 y 1906, que aludían a la disminución de la pena “en un tercio”.

cida de antemano para cada delito una pena elástica con un máximo y un mínimo...”, no obstante lo cual “se redactó el artículo en una forma deplorable”, sin que se oyeran sus reclamos de que se modificara su texto. Esos elementos histórico-teleológicos deberían llevar a la interpretación que propugna el autor citado, Fontán Balestra, Malagarriga, Oderigo —entre otros muchos—, y los fallos plenarios “Luna” y “Villarino”.

d) Sin embargo, si se “procura armonizar los preceptos de la ley” es el criterio que siguen, entre muchos otros, Núñez, De la Rúa, Terán Lomas, Zaffaroni, la sala 2ª de la Cámara Federal de la Capital en la citada causa “Rodríguez”, D’Alessio en su “Código Penal”, y las opiniones de las minorías en los plenarios citados —disminuir el tercio del mínimo y la mitad del máximo— el que acuerda a la regla en cuestión una inteligencia que no está —al menos teóricamente— en pugna con el sistema, pues su aplicación no se contradice con otras normas.

e) Pero si la armonización de los preceptos de la ley para lograr la aplicación del texto legal debe hacerse cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, las dos interpretaciones mayoritarias, pueden conducir, según el caso, a este fin no querido por la regla hermenéutica que se acaba de enunciar.

En efecto, acarrearía la pérdida de un derecho la adopción del criterio sentado en “Villarino” en un caso de prescripción de la acción penal en el que se imputara al autor la tentativa de un delito respecto del cual transcurrió la mitad o más del *máximum* de la pena desde el hecho interruptor, pero ese plazo no alcanzó a los dos tercios de la pena correspondiente al delito consumado, como lo exige el art. 62, inc. 2º, Código Penal (v.gr., se imputa a B tentativa de robo simple cometida a principios de 2002, el 3 de marzo de ese año se dispone su llamado a indagatoria y captura, fecha desde la que permanece prófugo sin cometer nuevos delitos; el 5/3/2005 su abogado defensor plantea la extinción de la acción penal por prescripción).

A su vez, es, también, lo que habría ocurrido si en el mencionado precedente “Veira”, la Corte hubiera aplicado la disminución de un tercio del mínimo y la mitad del máximo: la pena para la tentativa de violación que se le atribuía, habría sido de cuatro años en lugar de tres, lo que habría postergado, en perjuicio del imputado, su liberación.

f) Es aquí, pues, donde se plantea la cuestión que enunciamos al principio: ¿Es posible interpretar una misma disposición penal en sentidos distintos según sea el caso al cual se aplica?

Para ser sincero, hasta que inicié este trabajo, *a priori*, consideraba que la interpretación debía tender a buscar “no cualquier voluntad que la ley pueda contener, sino la verdadera”³⁸ y por tanto, la única, con independencia del

³⁸ SOLER, Sebastián, *Derecho penal...*, cit., t. I, §14, p. 147; en el mismo sentido, FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado...*, cit., t. I, § 12, p. 237: “se trata de llegar, mediante el conocimiento, al exacto sentido de la ley, a su verdadera voluntad”; JESCHECK, *Tratado de derecho*

resultado frente a un caso dado. Este criterio general, trasladado a la penalidad de la tentativa, me conducía a sostener, para todos los casos, que la interpretación correcta es la que reduce la penalidad del delito consumado un tercio del mínimo y la mitad del máximo.

Sin embargo, hoy, luego de un meditado análisis, frente a supuestos como los planteados a título de ejemplo, considero que debo apartarme de la “solución general”, para adoptar la solución que más favorezca al imputado en el caso concreto sometido a juzgamiento, aunque conduzca a que la misma ley se interprete en dos o más formas distintas o, en otras palabras, que tenga dos o más “voluntades” o dos o más “sentidos” frente a otros tantos casos.

Es que la ley está dirigida por el estado a los ciudadanos con el fin de que éstos se motiven de acuerdo con ella. Ergo, debe ser conocida. Para serlo, debe ser, previa, escrita, estricta y, además, clara. Si no lo es, si admite dos o más interpretaciones posibles y una de ellas conduce a considerar impune el hecho, es ésta la que debe ser aplicada. Pues es en ella en la que debe presumirse se motivó el habitante de la Nación para “hacer lo que la ley no prohíbe” (art. 19, CN).

Este pensamiento aparece explícito en Obarrio: “La interpretación que conduce a restringir su aplicación (la de la ley penal) en caso de duda o de falta de precisión en sus términos, no sólo es admitida sino que es reclamada por los principios de equidad y de la justicia misma. En la duda debe estarse siempre por lo favorable al acusado”³⁹; en Rivarola: “La ley será expresa y clara, o no lo será. Si no existe ley expresa y clara, corresponderá la absolución del acusado. Esta es la solución que los Códigos de procedimientos han convertido en texto legal...”⁴⁰; en Gómez: “En caso de duda sobre el significado y alcance de un texto legal, éste deberá interpretarse en el sentido más favorable al reo. Estas dos últimas reglas están contenidas en los arts. 12 y 13 del código de procedimientos en materia penal para la Capital Federal...”⁴¹ y en Núñez: “La regla *in dubio pro reo*, admitida en lo referente a la valoración de la prueba, ¿vale igualmente como principio jurídico rector de la interpretación de la ley penal? Desde antiguo se ha contestado afirmativamente (...) La legislación también ha consagrado el principio de que en la duda la ley penal debe interpretarse a favor del imputado (...) En nuestro país, el art. 13 del Código de Procedimientos en lo criminal (...) dispone que ‘En caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea

penal. Parte general, 4ª ed., traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1988, § 17, III, 2: “Habiendo dudas sobre la cuestión jurídica, el tribunal no debe elegir la interpretación más favorable al acusado, sino la correcta”.

³⁹ OBARRIO, *Curso de derecho penal*, Buenos Aires, Lajouane, 1902, p. 90, cit. por NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, p. 206, nota 307.

⁴⁰ RIVAROLA, *Derecho penal argentino*, p. 118, también cit. por NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., nota 308.

⁴¹ GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, t. I, Buenos Aires, Cia. Argentina de Editores, 1929, p. 144.

más favorable al procesado⁴² ha sido mirado como una regla de interpretación de la ley penal...⁴³.

Y aunque estos autores no han tocado expresamente el tema que nos ocupa, el enunciado general de su pensamiento conduce a sostener que “se está a lo más favorable al procesado” según las circunstancias de cada caso concreto. Ante cada imputado en particular. En los ejemplos de “B” y del caso “Veira”, se “está a lo más favorable” al imputado aplicando dos interpretaciones distintas del art. 44 del Código Penal en cuanto a la forma de determinar la penalidad de la tentativa.

Esta forma de resolver la cuestión fue seguida expresamente por los jueces Elbert⁴⁴, y Camiña⁴⁵ en el plenario “Luna”, y aún antes, según se desprende de sus votos.

g) Aunque no respondiendo expresamente al criterio alternativo que postulo, la Corte había determinado, con anterioridad, reglas hermenéuticas que, según mi parecer, podían conducir a ese resultado: la función de hacer justicia no es otra cosa que la recta determinación de lo justo “*in concreto*”, o sea “la solución justa del caso” porque, de lo contrario, la aplicación de la ley se convertirá en una tarea mecánica reñida con la naturaleza misma del Derecho (Fallos 302:1611), de ahí que la sentencia debe ser derivación razonada del derecho vigente, con particular referencia a las circunstancias de la causa (Fallos 261:209; 262:144; 284:119, etc.) por lo que, en materia de interpretación, debe preferirse la que mejor concuerda con las garantías, principios y derechos consagrados por la Constitución (Fallos 200:187). Es que la solución justa “del caso” sólo puede encontrarse “en el caso” y según se vio, la variabilidad de las circunstancias lleva a que esa solución no pueda conseguirse a través de una interpretación única.

h) Entiendo que el fallo “Acosta”, está en esta línea al señalar que, para dar prioridad a una exégesis restrictiva de la ley penal dentro del límite semán-

⁴² El art. 3º del actual Código Procesal Penal de la Nación dice: “En caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado”.

⁴³ NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., t. I, ps. 205 a 207.

⁴⁴ “Personalmente me he visto forzado en la causa “Rotival”, nro. 16.185, resuelta el 28/2/1989, a modificar el criterio sustentado en mi trabajo de ‘La Ley’ (que era exactamente correspondiente a la segunda opción que se propone al plenario). La razón fue la necesidad de dictar una pena racional en el caso concreto, o sea proporcional a la cuantía del injusto cometido y el caso concreto era una extorsión infantil rayana en la tentativa inidónea. Por esos motivos, decidimos que se debía determinar la pena que correspondería al sujeto en caso de consumación, disminuida en un tercio como mínimo y la mitad como máximo. Sin embargo, en la causa “Bravo, H”, excarcelación (nro. 17.696, resuelta el 28/2/1989), no podíamos adelantar, obviamente, la pena a imponer y decidimos, por voto mayoritario, al que adhirió el doctor Zaffaroni, hacer aplicación del criterio de Núñez, o sea la segunda opción del plenario, tal como siempre consideré correcto desde mi comentario en ‘La Ley’(...)”.

⁴⁵ “... considero necesario manifestar que la redacción poco clara del art. 44 del Código de fondo me ha permitido adoptar hasta ahora un criterio amplio. Esto es, fijar en cada caso concreto la escala que más se adecue al injusto cometido, intentando aplicar una pena justa y equitativa, sin sometimiento a pautas abstractas y rígidas”.

tico del texto legal, ha de recurrirse al principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal. Ello así, porque el “ser humano” es el imputado en cada caso, a quien no se le puede acordar “más derechos”, sino atendiendo a las particulares circunstancias procesales en que se halla en una causa penal, en la que se ejerce el “poder estatal” a través de la jurisdicción penal. Y, dado que, el principio de legalidad⁴⁶ exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al Derecho Penal como la última *ratio* del ordenamiento jurídico, no hay otro modo de solucionar la cuestión que admitiendo que es posible interpretar una misma disposición legal en sentidos distintos según las circunstancias del caso, para aplicar la que más restrinja la punición y más derechos acuerde al individuo frente al poder estatal.

⁴⁶ La referencia a este principio nos sirve para hacer una reflexión final sobre las convicciones de Andrés D’ Alessio. Aunque era un insospechado defensor de los derechos humanos, lo que llevó a cabo con serio compromiso en sus proyectos como Secretario de la Corte, en sus votos como juez y en sus dictámenes como Procurador General, no se inclinó ante la fácil lectura —que hoy parece políticamente correcta— de que estando el juzgamiento de ellos de por medio muchos principios sustanciales del Derecho Penal deben ceder ante otros porque “las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza su protección” (es una cita parcial de lo expresado por la CIDH en el caso “Almonacid Arellano”, transcripta en una nota de su artículo: D’ALESSIO, Andrés, “Una posición distinta sobre el fallo Mazzeo”, en D’ALESSIO, Andrés - BERTOLINO, Pedro J. (dirs.), *Revista de derecho penal y procesal penal*, 11/2007, p. 2154. Por el contrario, admitiendo que es justo que los delitos de lesa humanidad sean imprescriptibles, que sus autores no pueden alegar la excusa de obediencia debida, que no pueden ser objeto de indulto y que es correcta la intervención subsidiaria de los tribunales internacionales o extranjeros, criticó la aplicación retroactiva de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad para hechos cometidos con anterioridad a su ratificación al referirse a las decisiones de la Corte a partir del fallo “Priebke” (D’ALESSIO, Andrés, *Los delitos de lesa humanidad*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 76), porque en ellos se renuncia expresamente al principio *nullum crimen nulla poena sine lege* y a otros de jerarquía semejante como el *non bis in idem*, vicio que, según su parecer, se ha repetido “cada vez que el horror por el hecho delictivo se impuso a la razón de los principios aceptados en occidente a partir de que Beccaría escribiera su inmortal *Delle delitto e delle pene*”, lo que se repitió en la Argentina, donde “la repulsión que provocan los crímenes que se cometieron durante la dictadura no puede llevarnos a ‘comernos al canibal’, como diría Jorge L. Borges” (las expresiones entrecomilladas son del artículo citado, p. 2156). De ahí que su introducción a la cita de Radbruch y ella misma, terminen por pintar los rasgos de las convicciones de Andrés D’ Alessio que dan lugar a esta nota: “Estimo que el máximo ejemplo de la actitud correcta de un jurista celoso de la objetividad frente al problema lo ha dado Radbruch, que luego de la dictadura nazi, durante la que fue perseguido, escribió en la parte final de un trabajo que suele citarse —por no leerlo completo— como aval de la tesis que en esta nota critico: Luego de doce años de negación de la seguridad jurídica, es más necesario que nunca el escudarse mediante consideraciones jurídico-formales, contra las tentaciones que fácilmente pueden haber surgido en aquellos que han vivido sometidos al peligro y la opresión durante doce años. Debemos buscar la justicia, pero al mismo tiempo atender a la seguridad jurídica, puesto que es ella misma una parte de la justicia, y reconstruir un Estado de derecho que satisfaga por igual, en la medida de lo posible, a ambas ideas. La democracia es ciertamente un bien digno de ser elogiado; el Estado de Derecho, sin embargo, es como el pan de cada día, como el agua para beber y el aire para respirar, y lo mejor en la democracia es, precisamente, que sólo ella es apropiada para asegurar el estado de derecho”.